

University of Groningen

Non bis in idem in Europa

van Hattum, Wiene

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

DOI:
[10.5553/NtER/138241202015005001002](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202015005001002)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
van Hattum, W. (2015). Non bis in idem in Europa: de zaken Spasic en M. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2015(1), 11-20. <https://doi.org/10.5553/NtER/138241202015005001002>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Non bis in idem in Europa: de zaken *Spasic* en *M.*

Mr. dr. W.F. van Hattum*

Binnen Schengen en de EU geldt de regel dat iemand die onherroepelijk is berecht niet nog eens mag worden vervolgd of gestraft wegens hetzelfde feit (non bis in idem). Geldt deze bescherming ook wanneer de straf wel definitief is geworden maar nog niet ten uitvoer is gelegd? Artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst is hierover duidelijk: het stelt tenuitvoerlegging als voorwaarde voor toepassing van de waarborg tegen tweede vervolging of bestraffing. Artikel 50 Handvest stelt deze voorwaarde echter niet. In de zaak *Spasic* beoordeelt het Hof van Justitie – voor het eerst – de verhouding tussen beide non bis in idem-bepalingen.

In de zaak *M.* is de vraag aan de orde of een ‘buitenvervolginstelling’ een tweede vervolging in een andere lidstaat belet. Het betreft een strafrechtelijke beslissing die nationaal een minder sterke non bis in idem-werking heeft dan een onherroepelijk eindvonnis. Deze bijdrage laat aan de hand van beide zaken zien hoe het Hof van Justitie de balans probeert te houden tussen vrijheid, veiligheid en recht enerzijds en het voorkomen en bestrijden van criminaliteit anderzijds.

HvJ 27 mei 2014 (GK), zaak C-129/14 PPU, Spasic, prejudiciële spoedprocedure op verzoek Oberlandesgericht Nürnberg (Duitsland), ECLI:EU:C:2014:586, n.n.g. en HvJ 5 juni 2014, zaak C-398/12, M., prejudiciële procedure op verzoek Tribunale di Fermo (Italië), ECLI:EU:C:2014:1057, n.n.g.

Inleiding

De zaken *Spasic*¹ en *M.*² betreffen de uitleg van twee niet identieke ne³ bis in idem-regelingen die van kracht zijn tussen de lidstaten van respectievelijk Schengen en de Europese Unie: artikel 54 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst (SUO) en artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest). Daarbij is complicerend dat artikel 50 Handvest niet alleen het interstatelijke ne bis in idem-beginsel bestrijkt maar tevens de naleving van het beginsel binnen de lidstaten van de Unie wil waarborgen⁴ en het artikel in dat laatste geval dezelfde invulling heeft als de ne bis in idem-bepaling in artikel 4 Zevende Protocol EVRM.⁵

De procedures die in beide zaken aanleiding gaven tot de prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie zijn van zuiver strafrechtelijke aard. Voorts staat in beide zaken vast dat het gaat om het zelfde feit. Waar het in deze beide zaken om draait, is de kracht van de eerste onherroepelijke beslissing. In de zaak *Spasic* ligt de vraag voor of een onherroepelijk veroordelend strafvonnis in de weg staat aan een tweede vervolging in een andere lid-

* Mr. dr. W.F. (Wiene) van Hattum is als universitair docent straf- en strafprocesrecht verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. HvJ 27 mei 2014 (GK), zaak C-129/14 PPU, *Spasic*, ECLI:EU:C:2014:586. Het arrest is ook becommentarieerd door B. van Bockel in *EHRC* 2014/189 en door V.H. Glerum in *SEW* 2014/196, p. 539-543.
2. HvJ 5 juni 2014, zaak C-398/12, *M.*, ECLI:EU:C:2014:1057.

3. In de uitspraken wordt de regel aangeduid als ‘ne bis in idem’. Uit de Conclusie van A-G Jääskinen (nr. 37) blijkt dat hij hierin de uitleg volgt van W.B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International BV 2010, p. 31. De keuze van deze auteur voor ‘ne’ is gebaseerd op de Latijnse grammatica bij de basistekst *bis de eadem re ne sit actio*. Dat deze tekst aan de basis van de spreuk ligt, wordt echter betwist. Het lijkt waarschijnlijker dat de spreuk herleid moet worden tot de woorden in het Decretum Gratianum ‘*non iudicat Deus bis in id ipsum*’ die weer verwijzen naar Nahum: 1 vers 9; zie mijn *Non bis in idem. De ontwikkeling van een beginsel* (diss. Groningen), Nijmegen: WLP 2012, <<http://irs.ub.rug.nl/ppn/339644931>>, p. 22-24 en 31-36. Ik zal me in dit artikel echter houden aan de schrijfwijze die in deze zaken gebruikt is.
4. Ingevolge art. 51 Handvest is het Handvest van toepassing wanneer de lidstaten het EU-recht ten uitvoer brengen. In casu is daarvan sprake omdat het gaat over de uitleg van art. 54 SUO en de toepasselijkheid van het EU-rechtshulpinstrumentarium, vgl. Klip, noot onder HR 15 mei 2012, *NJ* 2012, 327.
5. Zie over deze drie ne bis in idem-bepalingen W.B. van Bockel, ‘Coming of age: de ontwikkeling van het ne bis in idem beginsel in de EU-rechtsorde’, *NTER* 2010/2, p. 66-72.

staat indien de straf nog niet ten uitvoer is gelegd en in de zaak *M.* of een onherroepelijke buitenvervolginstelling naar Belgisch recht (vergelijkbaar met de buitenvervolginstelling in artikel 255 Sv) de strafvervolginstelling in een andere lidstaat verbiedt. De zaak *Spasic* is de eerste waarin het Hof van Justitie de verhouding tussen artikel 54 SUO en artikel 50 Handvest, in samenhang met artikel 52 Handvest, beoordeelt en is mogelijk mede daarom door de Grote kamer behandeld.

Hieronder bespreek ik de beide zaken eerst apart. Daarna sluit ik af met enkele concluderende opmerkingen ten aanzien van de koers van het (strafrechtelijke) ne bis idem-beginsel in het Unierecht.

Feiten in de zaak *Spasic*, HvJ 27 mei 2014

Spasic is een Servisch staatsburger. Hij heeft als 'lid van een criminele organisatie' een spoor van delicten door Europa getrokken. Hierdoor vindt hij de strafrechtssystemen van diverse Schengenlidstaten, tevens lidstaat van de EU,⁶ op zijn pad. Zo levert Hongarije hem op basis van een Europees aanhoudingsbevel over aan Oostenrijk, dat hem – nadat hij (een deel van)⁷ zijn straf heeft ondergaan – in 2013 overlevert⁸ aan Duitsland. Hiertoe hadden de Duitse autoriteiten in 2010 al een Europees aanhoudingsbevel uitgevaardigd. Op het moment van overlevering verdenkt Duitsland Spasic inmiddels van meer strafbare feiten, maar op het Europese aanhoudingsbevel staat er slechts één. Het betreft de oplichting – in georganiseerd verband – van een Duits staatsburger, gepleegd in 2009 in Milaan. Daar heeft Spasic het slachtoffer 40.000 euro afhandig gemaakt door hem valse briefjes van 500 euro te geven in ruil voor kleinere coupures.⁹ Dit feit is op het moment van de overlevering door Oostenrijk aan Duitsland al in Italië berecht. Spasic kreeg er een boete van 800 euro en één jaar gevangenisstraf voor. Het Italiaanse vonnis was op 7 juli 2012, dus vóór de overlevering aan Duitsland, onherroepelijk geworden.

Spasic toont voor de Duitse strafrechter aan dat dit Italiaanse vonnis niet alleen onherroepelijk is, maar ook reeds ten dele is geëxecuteerd. Hij heeft de boete namelijk al betaald. Alleen de gevangenisstraf moet hij nog ondergaan. Aan de tenuitvoerleggingsvoorwaarde van artikel 54 SUO – die luidt dat het verbod van een tweede vervolging slechts geldt 'ingeval een straf is opgelegd' – is dus, zij het ten dele, voldaan. Spasic stelt evenwel dat deze voorwaarde in het geheel niet mag worden ingeroepen, omdat zij in strijd is met het verbod

van een tweede berechting of bestraffing zoals neergelegd in artikel 50 Handvest. Dit artikel formuleert de tenuitvoerleggingsvoorwaarde niet. De Unierechtelijke waarborg tegen een tweede vervolging of bestraffing zou dus volgens Spasic door toepassing te geven aan artikel 54 SUO worden beperkt. Dit mag ingevolge artikel 52 Handvest alleen indien de wezenlijke inhoud van artikel 50 wordt geëerbiedigd en indien de beperking noodzakelijk is en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang beantwoordt.¹⁰ Aan deze voorwaarden zou de tenuitvoerleggingsvoorwaarde in artikel 54 SUO niet voldoen.

De vragen en de beantwoording daarvan in de zaak *Spasic*

De Duitse strafrechter legde naar aanleiding van dit verweer twee vragen voor aan het Hof van Justitie. De eerste is of artikel 54 SUO, gezien de beperkende tenuitvoerleggingsvoorwaarde, verenigbaar is met artikel 50 Handvest en de tweede, of artikel 54 SUO aan een tweede vervolging in de weg staat wanneer, zoals in dit geval, de geldboete is geëxecuteerd maar de gevangenisstraf, die bij hetzelfde vonnis is opgelegd, nog niet.

Op de eerste vraag antwoordt het Hof van Justitie dat ne bis in idem-bepalingen in artikel 54 SUO en 50 Handvest niet met elkaar conflicteren. Artikel 54 SUO mag dus, inclusief tenuitvoerleggingsvoorwaarde, worden toegepast. Dit volgt volgens het Hof van Justitie in de eerste plaats uit het feit dat de toelichting op artikel 50 Handvest uitdrukkelijk naar artikel 54 SUO verwijst.¹¹ Uit de toelichting zou volgen dat artikel 54 SUO een bepaling is die onder de toegestane beperkingen als bedoeld in artikel 52 lid 1 Handvest valt.¹² Maar, zoals zijn advocaat-generaal opmerkt, de toelichting moet weliswaar zwaar wegen, maar het Hof van Justitie is

6. De landen aangesloten bij de SUO zijn niet allemaal tevens lid van de Unie en andersom zijn niet alle Unie-lidstaten partij bij de SUO. In deze casus zijn de betrokken staten bij beide verdragen partij.

7. Zie de opmerkingen hierover van A-G Jääskinen, nr. 19.

8. In de Nederlandse vertaling (punten 30 en 35) staat per abuis 'uitgeleverd' in plaats van 'overgeleverd' (*surrendered*).

9. *Spasic*, punt 29.

10. Art. 52, lid 1 Handvest luidt: 'Beperkingen op de uitoefening van de in dit handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.'

11. De toelichting bij art. 50 Handvest luidt: '(...) Overeenkomstig art. 50 is de regel "ne bis in idem" niet alleen van toepassing binnen de rechtsmacht van dezelfde staat maar ook in de onderlinge verhoudingen van de rechtsmacht van verschillende lidstaten. Dit stemt overeen met het acquis van het recht van de Unie: zie de artikelen 54 tot en met 58 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst (...). De beperkte uitzonderingen waarmee het de lidstaten krachtens die overeenkomsten is toegestaan om af te wijken van de regel "ne bis in idem" vallen onder de horizontale beperkingsbepaling van art. 52, lid 1.' *Pb. EU* 14 december 2007, C 303/31.

12. Volgens Van Bockel, *EHRC* 2014/189, doelt de toelichting (zie de noot hiervoor) op de mogelijkheid voor lidstaten om voorbehouden te maken bij art. 54 SUO als bedoeld in art. 55 SUO en berust de opvatting van het Hof van Justitie dus op een onjuiste lezing van de toelichting.

daaraan niet gebonden.¹³ Bovendien, zo is de advocaat-generaal van mening, moet gelet op de ontwikkeling van de rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie en de ontwikkeling van het Unierecht de verenigbaarheid van deze bepalingen met het Handvest ter discussie kunnen worden gesteld.¹⁴ Wellicht om deze redenen laat het Hof van Justitie het niet bij een verwijzing naar de toelichting bij het Handvest maar voegt het daaraan een op zich zelf staande analyse van artikel 52 Handvest toe, om te oordelen dat de tenuitvoerleggingsvoorwaarde in artikel 54 SUO ook los van de toelichting op het Handvest binnen de voorwaarden van artikel 52 Handvest valt.¹⁵ Aan deze conclusie legt het Hof van Justitie de stelling ten grondslag dat de tenuitvoerleggingsvoorwaarde c.q. artikel 54 SUO ertoe dient dat veroordeelden hun straf niet mogen ontlopen.¹⁶

In antwoord op de tweede vraag, of de betaling van de geldboete in de weg staat aan de tweede vervolging, bouwt het Hof van Justitie voort op deze stelling. Omdat artikel 54 SUO dient te voorkomen dat de veroordeelde zijn straf ontloopt én omdat het artikel de rechtszekerheid wil waarborgen, moet het begrip 'straf' zo worden uitgelegd dat wanneer twee afzonderlijke hoofdstraffen zijn opgelegd, de tenuitvoerleggingsvoorwaarde voor beide straffen geldt. Een andere uitleg zou 'het in artikel 54 SUO verankerde beginsel ne bis in idem immers uithollen en afdoen aan de nuttige werking van het artikel'.¹⁷ Deze uitleg werd ook door de advocaat-generaal verdedigd en kan – gelet op de tekst van artikel 54 SUO – nauwelijks verbazen. Ik laat dit punt omwille van de lengte van deze bijdrage verder rusten.¹⁸ Bij de beantwoording van de eerste vraag volgde het Hof van Justitie zijn advocaat-generaal niet. Hof van Justitie en advocaat-generaal verschillen hier van mening over de uitleg van artikel 52 Handvest. Dit deel van het arrest zal ik nader belichten. Daartoe zal ik de overwegingen van het Hof van Justitie en zijn advocaat-generaal eerst samenvatten.

Hof van Justitie en de uitleg van artikel 52 Handvest in relatie tot de artikelen 54 SUO en 50 Handvest

Allereerst stelt het Hof van Justitie vast dat de beperking in artikel 54 SUO – zoals artikel 52 Handvest vereist – voorzien is bij wet. De SUO is immers gecodificeerd Unierecht.¹⁹ Vervolgens stelt het Hof van Justitie dat deze beperking de wezenlijke inhoud van het beginsel niet aantast. De tenuitvoerleggingsvoorwaarde wil

namelijk voorkomen dat de betrokkene ongestraft blijft. Om te beoordelen of wordt voldaan aan de vereiste evenredigheid onderzoekt het Hof van Justitie of de tenuitvoerleggingsvoorwaarde geschikt en noodzakelijk is om het doel – de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang – te bereiken. Het concludeert dat aan de eis van geschiktheid wordt voldaan aangezien daders door toepassing van de tenuitvoerleggingsvoorwaarde niet onbestraft blijven. Dit doel past in het streven van de Unie naar een hoog niveau van veiligheid, zoals artikel 67 lid 3 VWEU voorschrijft. Om de noodzakelijkheid van de voorwaarde te beoordelen, onderzoekt het Hof van Justitie vervolgens, op voorzet van zijn advocaat-generaal, of met de binnen de Unie tot stand gekomen rechtshulpinstrumenten in het kader van de wederzijdse rechtshulp in strafzaken hetzelfde kan worden bereikt. Dit rechtshulpinstrumentarium bestaat onder meer uit het verplicht rechtstreeks overleg over de uitoefening van rechtsmacht bij het bestaan van positieve rechtsmachtgeschillen²⁰ in combinatie met de mogelijkheid van overlevering van de aangehouden persoon²¹

of de overdracht van de executie van het vonnis.²² Het Hof van Justitie is van oordeel dat deze instrumenten niet een zo compleet stelsel vormen dat zij kunnen verhinderen dat een veroordeelde zijn straf ontloopt. Het Hof van Justitie wijst in dit verband op het ontbreken van een verplichting om van de overlevering en de executieoverdracht gebruik te maken en op de bijzondere regels in de betreffende kaderbesluiten die aan het verlenen van rechtshulp in de weg kunnen staan. Zo is in dit geval de betrokkene geen onderdaan of inwoner van Duitsland en daarom is voor de overdracht van het vonnis ter executie zijn instemming vereist.²³ Daarnaast moet Italië, mocht het de executie van het vonnis aan Duitsland willen overdragen, zich ervan vergewissen of die executieoverdracht de reclassering van Spasic ten goede zal komen.²⁴ De beschikbare instrumenten hebben dus niet tot doel, zo concludeert het Hof van Justitie, te voorkomen dat iemand zijn straf ontloopt en daarom is de tenuitvoerleggingsvoorwaarde niet alleen een geschikte maar ook een noodzakelijke beperking van het interstatelijke ne bis in idem.

13. Art. 6, lid 1 derde alinea VEU en art. 52, lid 7 Handvest vereisen slechts het 'terdege', resp. 'naar behoren', in aanmerking nemen van de toelichting.
14. Conclusie A-G Jääskinen, nr. 76.
15. Spasic, punten 55-73.
16. Spasic, punten 58 en 77.
17. Spasic, punt 81.
18. Zie voor een bespreking van dit tweede punt Glerum 2014, p. 541, 542.
19. De SUO is op 1 mei 1999 – als onderdeel van het zogenoemde Schengenacquis – in het Unierecht opgenomen (Protocol tot opnemng van het Schengenacquis in het kader van de Europese Unie, bij het Verdrag van Amsterdam, Pb. EG 1997, C 340, p. 93, het zgn. Schengenprotocol).

20. Art. 5 en 10 Kaderbesluit 2009/948/JBZ (Kaderbesluit voorkomen rechtsmachtgeschillen). Art. 5 verplicht tot het leggen van contact indien 'de bevoegde staat op redelijke gronden aanneemt dat in een andere staat een parallelle procedure wordt gevoerd.' Art. 10 verplicht tot rechtstreeks overleg.
21. Kaderbesluit 2002/548/JBZ (Europees arrestatiebevel).
22. Kaderbesluiten 2005/214/JBZ en 2008/909/JBZ inzake de toepassing van het beginsel wederzijdse erkenning op strafvonnissen (resp. betreffende geldboeten en vrijheidsstraffen).
23. Art. 4 lid 1 aanhef jo. 6 lid 2 Kaderbesluit 2008/909/JBZ (Europees arrestatiebevel).
24. Art. 4 lid 2 Kaderbesluit 2008/909/JBZ (wederzijdse erkenning vrijheidsstraffen). Daarnaast kan Duitsland 'bij gemotiveerd advies meedelen dat de overdracht niet zal bijdragen tot de reclassering en tot een geslaagde re-integratie van de veroordeelde', art. 4 lid 4 Kaderbesluit. Dit punt noemt het Hof van Justitie echter niet.

Advocaat-generaal Jääskinen en de uitleg van artikel 52 Handvest in relatie tot de artikelen 54 SUO en 50 Handvest

Advocaat-generaal Jääskinen acht de *ne bis in idem*-regel geen geschikte oplossing voor positieve rechtsmachtgeschillen.²⁵ De advocaat-generaal is van oordeel dat de lidstaten hun inzet moeten tonen om van het aanwezige – minder ingrijpende – rechtshulpinstrumentarium gebruik te maken en wijst erop dat de Europese Commissie al in 2005 betwijfelde of de tenuitvoerleggingsvoorwaarde nog nodig was.²⁶ De tenuitvoerleggingsvoorwaarde zou in zijn ogen moeten worden gereserveerd voor de situatie waarin ‘een blijvende belemmering bestaat voor de wederzijdse bijstand bij de tenuitvoerlegging van vonnissen’.²⁷ Een uitzondering zou ook gemaakt moeten worden in geval van nieuwe bezwaren zoals bedoeld in artikel 4 lid 2 Zevende protocol EVRM (hervatting of hernieuwing van de vervolging in geval van nieuwe bewijzen) en in geval van misdrijven die volgens het volkenrecht door de lidstaten moeten worden bestraft, zoals oorlogsmisdaden,²⁸ uitzonderingen op het verbod van een tweede vervolging dus die ook in het internationale recht worden erkend. In het onderhavige geval, van ontbrekende strafrechtelijke samenwerking, zou het naar de mening van de advocaat-generaal aan het oordeel van de verwijzende rechter moeten worden overgelaten of ‘de krachtens het Unierecht toepasselijke maatregelen ontoereikend zijn om straffeloosheid te voorkomen’.²⁹

14

Commentaar

In de zaak *Spasic* hebben Duitsland en Italië het bestaande positieve jurisdictieconflict niet kunnen of willen oplossen met als gevolg dat *Spasic* tweemaal wordt vervolgd voor hetzelfde feit. Het Hof van Justitie acht dit een noodzakelijk gevolg van de status quo van het rechtshulpinstrumentarium. Met Glerum³⁰ ben ik van mening dat op dat oordeel valt af te dingen en dat de genuanceerdere benadering van de advocaat-generaal de voorkeur verdient. Mijn bezwaren zijn dat de redenering van het Hof van Justitie nogal geforceerd is, het Hof van Justitie geen gewicht toekent aan de geclaimde

ruimte van vrijheid, veiligheid en recht en het daarmee de grondslag van *ne bis in idem* onnodig aantast.

Om te beginnen baseert het Hof van Justitie zijn oordeel op een onzuivere tegenstelling. Volgens het Hof van Justitie hebben de rechtshulpinstrumenten niet tot hoofddoel te voorkomen dat de veroordeelde zijn straf ontgaat,³¹ terwijl artikel 54 SUO dit doel juist wel zou hebben.³² Deze tegenstelling doet zowel tekort aan de rechtshulpinstrumenten, die immers mede tot doel hebben straffeloosheid te voorkomen (denk alleen al aan het Europees arrestatiebevel)³³ als aan artikel 54 SUO, dat juist in het leven is geroepen om tegenwicht te bieden aan de grotere samenwerking tussen de Schengenstaten. Het door het Hof van Justitie gemaakte contrast hangt samen met de uitleg die het Hof van Justitie geeft aan de ‘wezenlijke betekenis’ van het beginsel *ne bis in idem* in artikel 54 SUO. Die wezenlijke betekenis zou zijn ‘dat de dader niet ongestraft blijft’.³⁴ Dit is echter een wel erg eenzijdige benadering van artikel 54 SUO. Bezien vanuit een louter nationale context is die benadering zonder meer te beperkt. In die context staat immers het rechtsbeschermende karakter van het beginsel voorop. *Ne bis in idem* wil voorkomen dat iemand tweemaal voor hetzelfde feit wordt bestraft (*ne bis puniri*) én dat hij tweemaal voor hetzelfde terechtstaat (*ne bis vexari*). In Nederland duidde men aanvankelijk met het verbod zelfs uitsluitend de bescherming tegen herhaling van een berechting aan.³⁵ Het EHRM drukt deze waarborgen van het beginsel als volgt uit: *that no one shall (i) be liable to be tried, (ii) tried or (iii) punished for the same offence*.³⁶ Alle drie beschermende functies worden in de onderhavige zaak met voeten getreden: *Spasic* is overgeleverd aan Duitsland ten behoeve van vervolging van een feit dat reeds onherroepelijk was berecht, hij mag er worden vervolgd en kan dus ook tweemaal worden gestraft.

Vanwege de interstatelijke context is het rechtsbeschermende aspect van *ne bis in idem* in deze zaak van tafel verdwenen; het komt in de overwegingen van het Hof van Justitie zelfs niet voor. Dit steekt af bij het gegeven dat ‘Schengen’ en de Unie één ruimte van ‘vrijheid, veiligheid en recht’ claimen.³⁷ Bij andere gelegenheden beklemtoont het Hof van Justitie de aard van deze ruimte. Het Hof van Justitie overweegt in die gevallen

‘dat het *ne bis in idem*-beginsel noodzakelijkerwijs impliceert dat de lidstaten wederzijds vertrouwen in elkaars strafrechtssystemen hebben en dat elke staat

25. Conclusie A-G, nrs. 3, 33 en 34.

26. Brussel, 23 december 2005, COM(2005)696, onder 3. Sindsdien zijn er meer kaderbesluiten inzake de samenwerking in strafzaken tot stand gekomen.

27. Conclusie A-G, nr. 108: ‘(d)at is het geval wanneer er ondanks of bij het achterwege blijven van de toepassing van minder ingrijpende instrumenten die de autoriteiten van de twee betrokken staten ter beschikking staan, het gevaar bestaat dat de doelstelling van de Unie, het voorkomen van straffeloosheid, wordt verijdeld’.

28. Zie art. 20 Statuut ICC en art. 9 resp. 10 ICTR en ICTY. In een geval van schending van oorlogsrecht overwoog de Grote Kamer van het EHRM dat het *ne bis in idem*-beginsel zelfs toepassing mist als het feit eerst als een *commuun* (niet politiek) delict is bestraft en daarna opnieuw berecht wordt op basis van de kwalificatie die het volkenrecht aan het delict toekent, EHRM 27 mei 2014, appl.nr. 4455-10 (*Marguš/Kroatië*).

29. Conclusie A-G, nrs. 110 en 126.

30. Vgl. Glerum 2014, p. 540, r.k.

31. *Spasic*, punten 68-70.

32. *Spasic*, punt 77.

33. Dit heeft tot doel dat ‘voor personen die na een definitieve veroordeling aan de rechtspleging proberen te ontkomen’ de formele uitleveringsprocedure wordt vervangen door een eenvoudiger procedure (Kaderbesluit 2002/584/JBZ, preambule, par. 1).

34. *Spasic*, punten 58, 59 en 77.

35. Van Hattum 2012, p. 382 e.v.

36. EHRM 10 februari 2009, appl.nr.14939/03, *Zolotukhin/Rusland*, punt 110, herhaald in de vier zaken tegen Finland waarin het EHRM op 20 mei 2014 arrest heeft gewezen: *Glantz*, appl.nr. 37394/11, *Häkkä*, appl.nr. 758/11, *Pirttimäki*, appl. nr. 35232/11 en *Nykänen*, appl. nr. 11828/11.

37. Art. 3 lid 2 jo. art. 6 VEU en art. 67 lid 3 jo. art. 82 VWEU.

de toepassing van het in de andere overeenkomstsluitende staten geldende strafrecht aanvaardt, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden'.³⁸

Het Hof van Justitie maakt niet duidelijk waarom deze redenering niet ook in dit geval kan worden gevolgd. Een 'oplossing' als bedoeld in de aangehaalde zinsnede kan onder omstandigheden immers ook zijn dat een vonnis (voorlopig of definitief) niet ten uitvoer wordt gelegd, zoals wellicht in Italië ten aanzien van Spasic is besloten.

Bij dit al motiveert het Hof van Justitie zijn opvatting over de wezenlijke inhoud van ne bis in idem ook nog eens summier. Het Hof van Justitie verwijst slechts naar de zienswijze van de Duitse en Franse regeringen en naar zijn arrest *Kretzinger*.³⁹ Dit arrest betreft echter een rechtsgeschil uit 2005 en is dus van vóór de totstandkoming van de kaderbesluiten inzake de wederzijdse erkenning van strafvonnissen en, belangrijker nog, het kaderbesluit inzake het voorkomen en beslechten van rechtsmachtgeschillen bij strafprocedures.

Om te onderzoeken in hoeverre de in de betreffende kaderbesluiten opgenomen voorwaarden de samenwerking werkelijk in de weg staan, zal ik de door het Hof van Justitie opgevoerde mogelijke belemmeringen nader te beschouwen. Ik ga er daarbij – *pour besoin de la cause* – van uit dat de bestaande rechtshulpinstrumenten in de wetgeving van de betrokken landen waren geïmplementeerd.^{40, 41}

Hypothetische toepassing van het rechtshulpinstrumentarium

Vanaf het moment dat Duitsland het Europees aanhoudingsbevel uitvaardigde,⁴² bestond voor Italië op basis van het Kaderbesluit inzake het voorkomen en beslechten van rechtsmachtgeschillen, de verplichting tot het leggen van contact.⁴³ Zolang de procedure in Italië nog

liep, bestond er ook de plicht tot rechtstreeks overleg.⁴⁴ Dit verplichte overleg kan overigens volgens de advocaat-generaal ook worden gebaseerd op artikel 57 SUO in combinatie met het tussen de lidstaten geldende loyaliteitsbeginsel (art. 4 lid 3 VEU) en 'in de geest van de bescherming van de grondrechten'.⁴⁵

Toen Spasic eenmaal in Duitsland was,⁴⁶ kon Italië dus aan Duitsland zowel om overlevering als om overname van de tenuitvoerlegging van het vonnis vragen. Indien Spasic in Italië niet voor andere feiten werd gezocht, lijkt de meest voor de hand liggende uitkomst van het verplichte overleg dat Italië de straf aan Duitsland zou overdragen. Spasic werd immers in Duitsland van meer feiten verdacht. Dan zou het overleg hebben kunnen leiden tot executieoverdracht.

Zoals het Hof van Justitie echter opmerkt, moest Italië zich er in dat geval wel van vergewissen of die executieoverdracht de reclassering van Spasic ten goede zou komen. Maar gelet op het feit dat Duitsland Spasic gevangen hield en dus kennelijk een vrijheidsstraf wilde opleggen,⁴⁷ zou het invoeren van deze grond, door Italië dan wel door Duitsland, tamelijk 'dubbel' zijn; Spasic zou immers ook bij afzien van samenwerking in een Duitse gevangenis moeten zitten.

Resteert het instemmingsvereiste van de betrokkene.⁴⁸ Zonder instemming van Spasic kan de executieoverdracht aan Duitsland inderdaad niet plaatsvinden.⁴⁹ Wanneer dus Spasic zijn instemming niet zou geven, zou duidelijk zijn dat Italië de straf ten uitvoer moest leggen. Het betekent tevens dat Duitsland zich dus van vervolging moest onthouden; het ontbreken van instemming met de overdracht van het vonnis is immers een relevant 'juridisch aspect' in de zin van artikel 11 Kaderbesluit voorkomen rechtsmachtgeschillen.⁵⁰ Indien Italië vervolgens om overlevering van Spasic zou vragen, resteerte als enige weigeringsgrond⁵¹ de 'lopende vervolging'⁵² ter zake van hetzelfde feit. Gelet op de gemaakte afspraak in Unieverband om 'schending van het beginsel ne bis in idem zoals neergelegd in artikel 54 SUO te voorkomen'⁵³ komt het oordeel gerechtvaardigd voor⁵⁴ dat juist het beroep op een lopende vervolging ten aanzien van hetzelfde feit geen hindernis zou mogen opwerpen in het geval dat er in een andere lidstaat al een

38. HvJ 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01, *Gözütok en Brügge*, ECLI:EU:C:2003:87, punt 33, HvJ 9 maart 2006, zaak C-436/04, *Van Esbroeck*, ECLI:EU:C:2006:165, punt 30, HvJ 28 september 2006, zaak C-467/046, *Gasparini*, ECLI:EU:C:2006:610, punten 29 en 30.

39. *Spasic*, punt 58.

40. Feitelijk was dit niet het geval. Uit de laatste informatie van het ministerie van Veiligheid en Justitie blijkt dat Duitsland nog geen partij is bij het Kaderbesluit 2008/909/JBZ en Italië wel. Ook blijkt daaruit dat Italië geen partij is bij het Protocol VOGP en Duitsland wel. Zie <www.dji.nl/Images/landenoverzicht-strafoverdracht-per-land-brondocument-versie-september-2014_tcm93-545078.pdf>. Het EVIG is door geen van beide landen geratificeerd. De verdragen van de Raad van Europa boden dus in elk geval geen uitkomst om de executie over te dragen.

41. De implementatiekwesbie speelt in de redenering van het Hof van Justitie niet; de A-G, die van belang acht of er sprake is van een 'blijvende belemmering' (zie bij noot 27) laat de kwestie helaas in het midden.

42. Zowel het Schengen Information System (SIS) als Europol (2009/371/JBZ) en het Europees Justitieel Netwerk doen in een zaak als deze (oplichting in georganiseerd verband) dienst als intermediair, terwijl Eurojust, waaraan de landen verplicht zijn deel te nemen (2002/187/JBZ en 2009/426/JBZ), de samenwerking tussen de staten moet versterken, met name door middel van het oplossen en het toezien op de voorkoming van positieve jurisdictiegeschillen (art. 85 lid 1 onder c VWEU).

43. Art. 5 Kaderbesluit 2009/948/JBZ.

44. Art. 10 Kaderbesluit 2009/948/JBZ.

45. Conclusie A-G, nr. 109.

46. Italië had overigens, net als Duitsland, een aanhoudingsbevel tegen Spasic kunnen uitvaardigen waardoor er rechtshulpbetrekkingen met Oostenrijk waren ontstaan.

47. Spasic werd op het moment dat de vraag aan het Hof van Justitie werd voorgelegd voor dit feit in voorlopige hechtenis gehouden, zie Conclusie A-G, nrs. 22 jo. 17.

48. De weigeringsgronden in art. 9 lid 1b Kaderbesluit 2008/909/JBZ zijn niet van toepassing.

49. Art. 4 lid 1 Kaderbesluit 2008/909/JBZ.

50. Art. 11 Kaderbesluit 2009/948 JBZ.

51. Ik ga ervan uit dat de verstekveroordeling geen weigeringsgrond oplevert nu Spasic, door betaling van de boete, met de veroordeling heeft ingestemd.

52. Art. 4 lid 2 Kaderbesluit 2002/548/JBZ.

53. Considerans bij Kaderbesluit voorkomen rechtsmachtgeschillen 2009/948 JBZ, punt 3.

54. Art. 4 lid 2 Kaderbesluit 2002/548/JBZ maakt opmerkelijk genoeg geen uitzondering voor deze situatie.

voor tenuitvoerlegging vatbaar vonnis ligt. Deze weigeringsgrond wordt door het Hof van Justitie dan ook niet als voorbeeld van een mogelijk beletsel genoemd.

Het kan nog zijn dat Italië – al dan niet uitdrukkelijk – aan zou hebben gegeven het vonnis (voorlopig) niet ten uitvoer te willen leggen. Italië kan daar een goede reden voor hebben gehad. Advocaat-generaal Jääskinen noemt er een aantal.⁵⁵ Vormt het stilzitten van een lidstaat reden om inbreuk te maken op het verbod van een tweede vervolging? Ik ben het met de advocaat-generaal eens dat dit niet het geval is.⁵⁶ Vertrouwen in elkaars rechtssysteem impliceert immers ook vertrouwen in het afzien van de aanwending ervan.

De conclusie kan dus zijn dat het bestaande rechtshulp-instrumentarium kon voorkomen dat Spasic zijn Italiaanse straf ontliiep.⁵⁷

De beperkingen als bedoeld in artikel 55 SUO

Het arrest maakt nieuwsgierig hoe het Hof van Justitie zal oordelen over overige beperkingen van de toepassing van het beginsel ne bis in idem die in Schengenverband zijn overeengekomen. Ik doel op de verklaringen die de Schengenlanden bij toetreding kunnen afleggen bij artikel 55 SUO.⁵⁸ Duitsland heeft bijvoorbeeld in dat kader verklaard zich niet gebonden te achten aan artikel 54 SUO als het feit geheel of deels is gepleegd op zijn grondgebied of als er sprake is van ernstige aantasting van de belangen van de Duitse staat.⁵⁹ Indien de toelichting op artikel 50 Handvest doorslaggevend wordt geacht, moet het antwoord op deze vraag bevestigend luiden. Gezien echter de keuze van het Hof van Justitie om de beperkingen ook onder de loop van artikel 52 Handvest te leggen, verwacht ik dat zij niet mogen worden toegepast. Deze beperkingen willen er immers slechts toe bijdragen dat het land dat een ‘hoger’ belang heeft bij de berechting van een bepaald delict zijn jurisdictie ondanks schending van het beginsel mag uitoefenen; noodzakelijk om te voorkomen dat iemand zijn straf ontloopt, is die tweede berechting dus niet.

De interstatelijke gevolgen van de dubbele berechting

Tenzij Duitsland alsnog met Italië in overleg zou treden over de overlevering van Spasic⁶⁰ is het gevolg van de door het Hof van Justitie gefiatteerde tweede berechting in Duitsland dat tegen Spasic twee onherroepelijke rechterlijke vonnissen tot stand komen betreffende het-

zelfde feit. Indien ook in Duitsland straf wordt opgelegd, heeft dat gevolgen voor de tenuitvoerlegging van zowel de Duitse als de Italiaanse straf. Het Duitse vonnis moet op grond van artikel 56 SUO de in Italië opgelegde straf in aanmerking nemen. Dat betekent dat van de straf de inmiddels betaalde boete zou moeten worden afgetrokken ‘voor zover de nationale wetgeving dit toelaat’. Met de nog niet ten uitvoer gelegde gevangenisstraf kan en hoeft Duitsland geen rekening te houden.

Indien de Duitse straf eenmaal is ondergaan, staat dit de uitvoerbaarheid van het Italiaanse vonnis in de weg, zo moet uit artikel 54 SUO worden afgeleid.⁶¹ Het Italiaanse vonnis is dan niet meer executabel. Dit geldt ongeacht de hoogte van de Duitse straf. Wanneer Spasic in Duitsland evenwel onherroepelijk zou worden vrijgesproken, ontstaat er een patstelling. Beide vonnissen hebben dezelfde kracht. Een vrijspraak staat echter wel de overlevering ter zake van de executie van de Italiaanse straf aan Italië in de weg, net als overigens een veroordeling die inmiddels ten uitvoer is gelegd.⁶²

Het gevolg van deze zaak zal dus niet zijn dat Spasic tweemaal een vrijheidsstraf moet ondergaan, maar mogelijk wel dat hij de reeds betaalde boete niet krijgt gecompenseerd. De vraag blijft of al het sop de kool wel waard is.

Feiten in de zaak M., HvJ 5 juni 2014

M. heeft de Italiaanse nationaliteit en is woonachtig in België. Hij wordt er door zijn schoondochter van beschuldigd in de jaren 2001 tot 2004 haar dochttertje (geboren in 1999) te hebben aangerand. M. is de grootvader van het kind. In 2004 wordt in België een onderzoek ingesteld naar de aanklacht. Dit loopt tot 2008 en levert onvoldoende bezwaren tegen M. op om de zaak naar de zitting te verwijzen. Daarom stelt de raadkamer van de rechtbank hem buiten vervolging. Deze beslissing wordt in hoger beroep en vervolgens in cassatie, op 2 december 2009, bevestigd. Daarmee wordt de beslissing onherroepelijk. Alleen indien nieuwe bezwaren opkomen – dat zijn bewijsmiddelen die niet konden worden onderworpen aan het onderzoek van de raadkamer – kunnen die eventueel tot heropening van de vervolging leiden. Voor die heropening bestaat een bijzondere, rechterlijke, procedure.⁶³

Parallel aan het Belgische onderzoek loopt sinds 2006 een Italiaans opsporingsonderzoek naar dezelfde feiten, eveneens gebaseerd op de aangifte van de schoondochter. De Italiaanse onderzoeksrechter verwijst de zaak op 19 december 2009 naar de zitting. Op die zitting beroept

55. Zie Conclusie A-G, nr. 102: een bijzonderheid van Italiaans strafproces, onvoldoende penitentiaire capaciteit, de afwezigheid van betrokkene omdat hij elders een straf uitzit of uitstel van executie om persoonlijke redenen van de veroordeelde.

56. Conclusie A-G, nrs. 102-104.

57. Vgl. Glerum 2014, p. 541, m.k. Hij wijst er voorts op dat het Kaderbesluit Europees arrestatiebevel (2002/584/JBZ) door alle lidstaten is geïmplementeerd en dat de wijze waarop Duitsland de facultatieve weigeringsgrond ‘lopende vervolging’ heeft geïmplementeerd niet aan de overlevering in de weg zou hoeven te staan.

58. Zie het Schengenacquis onder punt 2, waar wordt verwezen naar de SUO ‘with related Final Act and common declarations’ en de opmerkingen hierover in het Groenboek van de Europese Commissie 2005.

59. Trb. 1994, 39.

60. Deze optie laat het Hof van Justitie uitdrukkelijk open, punt 73.

61. Mocht Italië een uitzondering op art. 54 SUO hebben gemaakt door een verklaring bij art. 55 SUO dan is die naar mijn mening niet van toepassing, gelet op het verbod beperkingen te stellen die niet evenredig zijn, zoals in de subparagraaf hierboven besproken.

62. Art. 3 lid 2 Kaderbesluit Europees arrestatiebevel.

63. Zie voor de Belgische wetgeving het arrest HvJ 5 juni 2014, zaak C-398/12, M., ECLI:EU:C:2014:1057, punten 9-13.

M. zich op het arrest van het Belgische Hof van Cassatie van 2 december 2009.

De vragen en de beantwoording daarvan

De Italiaanse rechter legt aan het Hof van Justitie de vraag voor of de Belgische buitenvervolginstelling beschouwd moet worden als een onherroepelijk vonnis als bedoeld in artikel 54 SUO en dus in de weg staat aan de vervolging van dezelfde feiten in een andere lidstaat. Het Hof van Justitie beantwoordt deze vraag bevestigend. Het onderzoekt daartoe allereerst of een inhoudelijke beslissing voorligt⁶⁴ en of die beslissing een definitief karakter heeft.⁶⁵ Beide is het geval. De beslissing van het Hof van Cassatie is immers inhoudelijk en onherroepelijk, dat wil zeggen dat bij gelijkblijvende aanwijzingen tegen de verdachte geen vervolging meer kan plaatsvinden wegens dezelfde feiten.

Dan stapt het Hof van Justitie over op artikel 50 Handvest; ook deze ne bis in idem-bepaling is immers van toepassing. Het oordeelt op grond van dit artikel dat de onherroepelijkheid van een beslissing moet worden beoordeeld naar het recht van de lidstaat die de beslissing heeft gegeven. Hieruit volgt weer dat moet worden onderzocht of deze onherroepelijkheid er een is zoals artikel 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM bedoelt, nu artikel 50 Handvest overeenkomstig dit Protocol moet worden uitgelegd.⁶⁶ Om te onderzoeken of *in casu* wordt voldaan aan de eis van onherroepelijkheid in de zin van het Zevende Protocol betreft het Hof van Justitie het richtinggevend arrest van de grote kamer van het EHRM (*Zolotukhin*)⁶⁷ op de Belgische situatie. Daarin is beslist dat de vereiste onherroepelijkheid afhangt van de vraag of er sprake is van een vrijspraak of veroordeling die de kracht van een *res judicata* heeft⁶⁸ en dat het in dit verband niet van belang is of er buitengewone rechtsmiddelen tegen de beslissing kunnen worden ingesteld.⁶⁹ Het Hof van Justitie komt op basis van deze criteria tot de conclusie dat de mogelijkheid van heropening van een buitenvervolginstelling weliswaar

geen bijzonder rechtsmiddel is als bedoeld door het EHRM, maar dat die beslissing wel behelst 'de inleiding, bij wijze van uitzondering en op basis van andere bewijzen, van een afzonderlijke procedure en niet de zuivere voortzetting van de al afgesloten procedure'.⁷⁰ Daarom heeft de beslissing hetzelfde blokkerend effect als een onherroepelijk vonnis als bedoeld in artikel 54 SUO. Bovendien betekent dit dat een eventuele nieuwe procedure alleen kan worden gestart in het land waar deze beschikking is gegeven. Nagegaan moet namelijk kunnen worden 'of de gegevens ingeroepen om de heropening te rechtvaardigen daadwerkelijk nieuw zijn'. Alleen in België kan derhalve de buitenvervolginstelling worden doorbroken. Het Hof van Justitie volgt met zijn beslissing in grote lijnen het advies van zijn advocaat-generaal Sharpston.

Sharpston wijst nog in het bijzonder op de gevolgen van het gebrek aan harmonisatie van de uitoefening van rechtsmacht tussen de lidstaten. Welke lidstaat de verdachte uiteindelijk berecht, is soms 'arbitrair', terwijl forumshopping, in dit geval door de moeder van het vermeende slachtoffer, kan leiden tot een 'vervolgingswedloop'.⁷¹ Het hing enkel van het tempo van de Belgische en Italiaanse justitie af in welk land het eerst een (semi) *res judicata* tot stand kwam.⁷² De advocaat-generaal herinnert daarbij aan de twee uitgangspunten die het Hof van Justitie eerder innam, het ene, dat niemand de bescherming mag verliezen die hij krachtens het nationale strafrecht geniet⁷³ en het andere, dat artikel 54 SUO geldig is ongeacht het ontbreken van geharmoniseerde wetgevingen omdat het artikel nu eenmaal is gebaseerd op een hoog niveau van wederzijds vertrouwen.⁷⁴ Om deze redenen moet M. naar haar oordeel worden beschermd door de beslissing van het Belgische Hof van Cassatie.

Commentaar

Het onderhavige arrest gaat over het blokkerend effect van een Belgische buitenvervolginstelling. Deze beslissing is vergelijkbaar met de Nederlandse buitenvervolginstelling, die geregeld is in de artikelen 262 jo. 255 Sv.⁷⁵ De buitenvervolginstelling is in beide rechtssystemen een strafrechtelijke beslissing die dient te voorkomen dat de zaak zonder goede grond in de openbaarheid

64. De maatstaf gehanteerd in HvJ 10 maart 2005, zaak C-469/03, *Miraglia*, ECLI:EU:C:2005:156.

65. De maatstaf gehanteerd in HvJ 22 december 2008, zaak C-491/07, *Turansky*, ECLI:EU:C:2008:768.

66. M., punt 37, met verwijzing naar de toelichting bij art. 50 Handvest.

67. EHRM 12 februari 2009, appl. nr. 14939/03, *Zolotukhin/Rusland*.

68. *Zolotukhin/Rusland*, punt 83.

69. *Zolotukhin/Rusland*, punt 108: 'Decisions against which an ordinary appeal lies are excluded from the scope of the guarantee contained in Article 4 of Protocol No. 7 as long as the time-limit for lodging such an appeal has not expired. On the other hand, extraordinary remedies such as a request for the reopening of the proceedings or an application for extension of the expired time-limit are not taken into account for the purposes of determining whether the proceedings have reached a final conclusion (see Nikitin ...). Although these remedies represent a continuation of the first set of proceedings, the "final" nature of the decision does not depend on their being used. It is important to point out that Article 4 of Protocol No. 7 does not preclude the reopening of the proceedings, as stated clearly by the second paragraph of Article 4.'

70. M., punt 40. Dit criterium lijkt sterk op dat uit het arrest *Nikitin/Rusland*, dat ging over de bijzonder heropening van een strafprocedure naar Russisch recht, EHRM 20 juli 2004, appl.nr. 50178/99, punt 47.

71. Conclusie A-G, nr. 51.

72. Conclusie A-G, nr. 40 e.v.

73. Conclusie A-G, nr. 45. Vgl. HvJ 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01, *Gözütok en Brügge*, ECLI:EU:C:2003:87, punt 38, HvJ 28 september 2006, zaak C-467/046, *Gasparini*, ECLI:EU:C:2006:610, punt 27 en HvJ 28 september 2006, zaak C-150/05, *Van Straaten*, ECLI:EU:C:2006:614, punt 58.

74. Conclusie A-G, nr. 58. Vgl. *Gasparini*, punt 29.

75. De verwijzingsprocedure in Sv 1838 vertoont nog grotere overeenkomst met de Belgische. De wetboeken van Nederland en België hebben dan ook lange tijd een parallelle geschiedenis gehad. W.F. van Hatsum, *Non bis in idem*, 2009, Hoofdstuk 9, Nederland 1813-1838.

komt.⁷⁶ Indien er sprake is van te weinig bewijs voorkomt de beslissing dus ook dat er een vrijspraak tot stand komt die, eenmaal onherroepelijk geworden, aan een tweede vervolging in de weg zou staan. Zo gezien betreft het onderhavige arrest dus de kracht van een beslissing die voorkomt dat er een *res judicata* tot stand komt.⁷⁷ De buitenvervolginstelling is naar Nederlandse en Belgische doctrine dan ook geen onherroepelijk vonnis, *juist* niet. Artikel 255 Sv staat aan heropening niet in de weg als er nieuwe bezwaren zijn; de ne bis in idem-regel in artikel 68 Sr geldt niet.

Mogelijk vanwege deze dogmatiek was België in onderhavige zaak van mening dat niet aan het vereiste van een 'onherroepelijk vonnis' in artikel 54 SUO was voldaan.⁷⁸ Echter, bij die opvatting zou het verbod van vervolging 'behoudens nieuwe bezwaren' in een andere lidstaat niet in acht genomen behoeven te worden en zou de reizende burger de bescherming van het rechtssysteem van zijn land dus verliezen. Vanuit oogpunt van rechtsbescherming is de gekozen invalshoek van advocaat-generaal en Hof van Justitie toe te juichen.

Waardevol is ook dat het Hof van Justitie de weg vrijmaakt voor ne bis in idem-werking van andere beslissingen die nationaal een blokkade tegen verdere vervolging opleveren, maar een minder sterke werking hebben dan een *res judicata*, zoals bijvoorbeeld de verklaring 'dat de zaak geëindigd is' (art. 36 Sv). Het Hof van Justitie beschouwt namelijk als onherroepelijk vonnis in de zin van artikel 54 SUO elke

18 'beschikking houdende dat er geen grond is om de verdachte naar een vonnisgerecht te verwijzen die, in de overeenkomstsluitende staat waar deze beschikking is gegeven, in de weg staat aan hernieuwde vervolging van de persoon op wie de beschikking betrekking heeft ter zake van dezelfde feiten, tenzij nieuwe bezwaren tegen hem aan het licht komen'.

Vereist is dus ook niet dat het een *rechterlijke* beslissing is. Dit betekent dat het ne bis-effect toekomt aan beslissingen van het OM of van een ander bestuursorgaan die hetzelfde effect hebben als een buitenvervolginstelling en de verklaring dat de zaak geëindigd is, zoals de kennisgeving van niet verdere vervolging,⁷⁹ de bestuurlijke

boete⁸⁰ en het 'administratief sepot'.⁸¹ Wel moet voldaan zijn aan de voorwaarde dat de beslissing onherroepelijk is, dus bijvoorbeeld ook, dat de rechtstreeks belanghebbende niet meer tegen de beslissing kan opkomen.⁸² Deze verruiming van de werking van artikel 54 SUO is in lijn met het oordeel van het Hof van Justitie dat ook een administratieve afdoening van een strafzaak (zoals de transactie, art. 74 Sr, en de strafbeschikking, art. 257a Sv e.v.) beschouwd moet worden als een onherroepelijke vonnis in de zin van artikel 54 SUO,⁸³ wederom mits deze beschikking onherroepelijk is geworden.⁸⁴ Het ruimere vertrouwensbeginsel⁸⁵ is hiermee in het internationale ne bis in idem-beginsel doorgedrongen.

Het staken van een vervolging dat is gebaseerd op de afspraak dat een ander land de vervolging voortzet of start, valt vanzelfsprekend niet onder de werking van artikel 54 SUO.⁸⁶ In dat geval zal een kennisgeving van niet verdere vervolging achterwege dienen te blijven, zoals ook is voorgeschreven in geval van een formele overdracht van vervolging (art. 552t lid 3 Sv). Ook andere septs, zowel technische als beleidsmatige, vallen buiten de werking van het beginsel.⁸⁷ Wanneer een sepot niet is gebaseerd op een overdracht van vervolging en een gewezen verdachte gebruik wil maken van zijn recht op vrij verkeer, kan het dus raadzaam zijn tevoren aan het OM een kennisgeving van niet verdere vervolging te vragen dan wel aan de rechter een verklaring dat de zaak geëindigd is.

In de omschrijving ontbreekt niet alleen het vereiste van een *rechterlijke* beslissing, maar ook wordt niet de voorwaarde geformuleerd dat de beslissing is genomen *na een onderzoek ten gronde*. Dit valt temeer op nu het Hof van Justitie zijn overwegingen begint met een onderzoek naar de vraag of de Belgische buitenvervolginstelling een inhoudelijke beslissing betreft. Deze aanpak volgt waarschijnlijk uit de voorgelegde vraag, die betrekking had op de kracht van een inhoudelijke beslissing. Gaat het om een oordeel over de vervolgbaarheid, dan is een

76. De Belgische beslissing is gebaseerd op het oordeel dat 'het feit noch een misdaad, noch een wanbedrijf, noch een overtreding oplevert of dat tegen de in verdenking gestelde generlei bezwaar bestaat' (art. 128 BSv); de Nederlandse buitenvervolginstelling kan worden gegeven indien de rechtbank van oordeel is dat de officier van justitie niet-ontvankelijk is, het feit of de verdachte niet strafbaar, of dat er onvoldoende aanwijzing is van schuld (art. 262 lid 3 Sv). Deze gronden lijken iets ruimer dan de Belgische. Net als in België kunnen alleen nieuwe bezwaren de buitenvervolginstelling ongedaan maken (art. 255 Sv). De Nederlandse definitie van nieuwe bezwaren is hier overigens iets anders geformuleerd dan de Belgische.

77. Ik noem dit een 'middenbeslissing'. Zij is voortgekomen uit de middeleeuwse gewoonte om bij gebrek aan bewijs geen definitieve uitspraak te doen, Van Hattum 2012, i.h.b. p. 286 en 380 e.v.

78. Zie voor het Belgische standpunt de Conclusie A-G, nr. 39 en nrs. 54 ev.

79. Zie art. 255 lid 1 Sv.

80. Art. 243 lid 2 jo. 255 Sv.

81. Art. 243 lid 2 jo. 255 Sv. Art. 5:50 lid 2a Awb luidt: 'Indien het bestuursorgaan nadat de overtreder zijn zienswijze naar voren heeft gebracht, beslist dat voor de overtreding geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd.'

82. Art. 255 lid 1 jo. 121 Sv en art. 12 jo. 12k Sv.

83. HvJ 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01, *Gözütok en Brügge*, ECLI:EU:C:2003:87, besproken door M.I. Veldt-Foglia, 'Ruime uitleg van het ne bis in idem-beginsel in art. 54 SUO. Geen tweede vervolging mogelijk indien verdachte met OM een transactie is aangegaan', *NTER* 2003/5, p. 127-133. In deze zaken verbond het Hof van Justitie aan zijn oordeel wel de clausule dat de verdachte heeft voldaan aan bepaalde voorwaarden en met name een door het Openbaar Ministerie vastgestelde geldboete heeft betaald. Deze voorwaarde kan q.q. niet worden gesteld aan de onderhavige afdoeningen.

84. Tegen een transactie en de strafbeschikking kan de rechtstreeks belanghebbende een klacht indienen ter zake van niet-vervolg (art. 12 Sv en art. 12k Sv).

85. Over dit onderscheid zie G.A.M. Strijards, *Revisie*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 75.

86. HvJ 10 maart 2005, zaak C-469/03, *Miraglia*, ECLI:EU:C:2005:156, NJ 2006, 225, m.nt. J.M. Reijntjes is hiervan een voorbeeld. Door ongelukkig manoeuvreren van het OM is bij de Italianen de onjuiste indruk gewekt dat de Nederlandse beslissing om *Miraglia* niet verder te vervolgen aan de Italiaanse vervolging in de weg zou staan (punt 13 e.v.).

87. Vgl. *Miraglia* en HvJ 22 december 2008, zaak C-491/07, *Turansky*, ECLI:EU:C:2008:768.

onderzoek naar de kracht van de beslissing voldoende. Zo oordeelde het Hof van Justitie in de zaak *Gasparini*⁸⁸ dat de niet-ontvankelijkheid van het OM wegens verjaring (in die zaak ‘vrijspraak’ genoemd) de kracht van *res judicata* had. Het Hof van Justitie onderzoekt kortom de onherroepelijkheid en de finaliteit van de beslissing in het land waar de beslissing is genomen om vast te stellen welke bescherming zij biedt tegen herhaalde vervolging. Dat betekent dat een beslissing ten gronde slechts vereist is als het gaat om een inhoudelijke beslissing.

De opmerking van het Hof van Justitie dat de aanwezigheid van de nieuwe bezwaren moet worden beoordeeld naar Belgisch recht is voorts niet zonder belang. Zo wordt ten volle het uitgangspunt gerespecteerd dat de bescherming die het nationale recht biedt niet mag worden tenietgedaan door het vrije verkeer. Het komt mij voor dat dit ook heeft te gelden in geval van een heropening van de zaak door een bijzonder rechtsmiddel. Dat zou bijvoorbeeld betekenen dat een onherroepelijk vrijsprekend vonnis van een Duitse rechter in Nederland niet kan worden heropend op basis van de Nederlandse criteria voor herziening ten nadele.⁸⁹

Het is, ten slotte, een goede zaak dat juist België, waar de vervolging was begonnen, de ‘wedloop’ heeft gewonnen. Het forumshoppen door de schoondochter van M. is niet beloond. Maar dat de Belgische beslissing het eerst onherroepelijk is geworden en niet de Italiaanse, berust voor een groot deel op toeval.⁹⁰ Het is immers van het rechtssysteem afhankelijk hoe snel een procedure tot een definitief einde wordt gebracht. In Nederland heeft de Hoge Raad paal en perk gesteld aan parallelle procedures. Het uitbrengen van een dagvaarding op een moment dat op de eerste dagvaarding nog niet onherroepelijk is beslist, wordt door de Hoge Raad in strijd geacht met het systeem van het Wetboek van Strafvordering en leidt tot niet-ontvankelijkheid van het OM.⁹¹ Interstatelijk geldt deze opvatting echter niet. Ook de EHRM-rechtspraak biedt voor de opvatting van de Hoge Raad nauwelijks steun. Uit de overwegingen van het EHRM volgt niet dat de vervolgende instantie die de zaak het eerste bij de rechter aanbracht bij voorrang zijn werk mag of moet afmaken.⁹² Die rechtspraak lijkt eerder op het tegendeel te duiden. Het EHRM is van oordeel dat een lopende vervolging moet worden gestaakt zodra in de parallelle zaak een *res judicata* tot stand is gekomen. Dit kan volgens het EHRM weliswaar tot toevallige uitkomsten en dus tot ongelijkheid leiden

maar de landen kunnen zelf dit effect voorkomen.⁹³ Interstatelijk, zoals in de zaak *M.*, bestaat de mogelijkheid tot harmonisatie niet en blijft de afloop van de twee parallelle procedures dus afhankelijk van toevallige omstandigheden. Dat in het arrest *M.* geen overwegingen worden gewijd aan het aanvangsmoment van de beide vervolgingen en het er dus kennelijk niet toe doet in welk land de vervolging is begonnen maar slechts van belang is waar het eerst een onherroepelijke beslissing tot stand komt, acht ik een schaduwzijde van de beslissing. Dit houdt immers het forumshoppen in stand.

Concluderende opmerkingen over de koers van ne bis in idem in het Unierecht

Artikel 54 SUO moet sinds de inwerkingtreding van het Handvest worden uitgelegd in het licht van artikel 50 Handvest. De toelichting bij dit artikel 50 lijkt erop te duiden dat artikel 54 SUO ten volle, dus inclusief de tenuitvoerleggingvoorwaarde, kan worden toegepast. Maar doorslaggevend acht het Hof van Justitie de toelichting mogelijk niet. Het Hof van Justitie onderwerpt de beperkende tenuitvoerleggingsvoorwaarde immers ook aan de evenredigheidstoets van artikel 52 Handvest. De uitkomst wordt er weliswaar niet anders van – de voorwaarde wordt geoorloofd geacht – maar dat het Hof van Justitie er net zo goed voor had kunnen kiezen om artikel 50 Handvest te lezen in het licht van artikel 54 SUO en artikel 52 Handvest buiten toepassing had kunnen laten, zoals Van Bockel oppert,⁹⁴ ben ik niet met hem eens. Dat ontnemt de mogelijkheid om voorwaarden uit secundair recht nog een grondig langs de lat van de evenredigheid te leggen, terwijl het hier toch om inperking van een grondrecht gaat. De toets laat bijvoorbeeld nu al zien dat de beperkingen bedoeld in artikel 55 SUO niet noodzakelijk zijn en dus mogelijk ongeoorloofd alhoewel de toelichting op artikel 50 Handvest in een andere richting wijst. Vanuit het gezichtspunt van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht juich ik de aanpak van het Hof van Justitie dus toe. De uitkomst

88. *Gasparini*.

89. Zie art. 482c Sv. In Duitsland gelden strengere criteria voor heropening van een vrijspraak, zie Van Hattum 2012, p. 452.

90. Zie de tijdlĳn geschetst in de Conclusie A-G, nr. 40 e.v.

91. Recent: HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3043. In het licht van de EHRM-rechtspraak genoemd in de volgende noot, lijkt deze uitkomst in strijd met art. 4 lid 1 Zevende Protocol (dat echter nog niet door Nederland is geratificeerd).

92. *Zolotukhin/Rusland*, punten 107 en 108 en EHRM 14 januari 2014, appl. nr. 32042/11, *Muslija/ Bosnië en Herzegovina*, punt 37. Een casus waarin de tweede vervolging het eerst tot een *res judicata* voert en waardoor dus bij strikte toepassing van de criteria van het EHRM de eerste vervolging gestaakt zou moeten worden, deed zich echter in die rechtspraak nog niet voor.

93. EHRM 20 mei 2014, *Glantz/Finland*, punt 63: ‘The Court would acknowledge in this connection that it might sometimes be coincidental which of the parallel proceedings first becomes final, thereby possibly creating a concern about unequal treatment. However (...)’; in dezelfde zin: EHRM 20 mei 2014, *Nykanen/Finland*, punt 53. De ongelijkheid komt tot uitdrukking als twee parallelle vervolgingen (bijvoorbeeld een administratieve en een strafrechtelijke vervolging van een belastingdelict) tot twee in zwaarte verschillende straffen leiden. Als de administratieve procedure het eerst tot een onherroepelijk oordeel leidt, valt de straf lager uit dan wanneer de strafrechtelijke procedure het eerst onherroepelijk wordt.

94. Van Bockel, *EHRC* 2014/189, punt 2.

van de toets acht ik echter teleurstellend,⁹⁵ omdat zij – anders dan de door advocaat-generaal Jääskinen in deze zaak aangedragen oplossing – de onderlinge afstemming van de vervolging in geval van een positief rechtsmachtconflict niet dichterbij brengt.

In de zaak *M.*, waarin het op het eerste gezicht alleen over de interstatelijke toepassing van ne bis in idem ging, blijkt artikel 50 Handvest een nuttige brugfunctie te vervullen naar het EVRM. Zo wordt de rechtspraak van het EHRM ook dienstig aan het interstatelijke verkeer. Dit lijkt me een doeltreffende aanpak. De vraag echter welke staat voorrang heeft als er twee vervolgingen lopen, is nog niet opgelost. Het land waar het eerste een (semi) *res judicata* wordt bereikt, komt als ‘overwinnaar’ uit de bus. Dat heeft weinig met ‘recht’ te maken en behoeft dus nadere regeling.

De noodzakelijke bescherming tegen een tweede strafvervolging heeft met de invoering van artikel 54 SUO en de uitleg die het Hof van Justitie daaraan sinds 1999 heeft gegeven een grote stap voorwaarts gemaakt.⁹⁶ Het kan niet meer zo zijn dat in- en uitvoer van hetzelfde illegale goed als twee apart vervolgbare delicten wordt beschouwd (*Van Esbroeck*),⁹⁷ voorts hebben een definitieve administratieve afdoening (*Gözütök en Brügge*), een vrijspraak (*Van Straaten*) en een beslissing van de rechter dat de zaak verjaard is (*Gasparini*), ook ‘kracht van gewijsde’ in een andere lidstaat. Aan de beschermende werking van het artikel worden nu de buitenvervolginstelling en beslissingen met vergelijkbare rechtskracht toegevoegd, dus *semi res judicatae*. De opvatting van het Hof van Justitie dat de bescherming tegen een tweede vervolging in het Schengen- en Uniegebied in beginsel net zo groot moet zijn als in het eigen land is dienstig aan een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Deze opvatting lag reeds ten grondslag aan de hier genoemde eerdere arresten en wordt in de zaak *M.* voortgezet.⁹⁸ Het Hof van Justitie vaart een vaste koers.⁹⁹

Maar, zoals uit de zaak *Spasic* blijkt, we zijn er nog niet. In een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht is het immers verre van ideaal dat een tweede land de berechting wegens hetzelfde feit eenvoudig opnieuw ter hand neemt op een moment dat er al een onherroepelijk vonnis van een andere lidstaat tegen de betreffende burger ligt enkel en alleen omdat dat land het vonnis nog niet ten uitvoer heeft gelegd. Een onderzoek naar de mogelijkheid van samenwerking had niet misstaan.

Waar het Hof van Justitie niet bereid is de tenuitvoerleggingsvoorwaarde uit het Unierecht te elimineren en dubbele berechting en bestraffing dus mogelijk blijven ondanks de middelen die de lidstaten ten dienste staan om dit te voorkomen, lijkt een bindende jurisdictieregeling zoals destijds voorgesteld door de Europese Commissie een noodzakelijke volgende stap. Met een dergelijke regeling zou tevens het toevalselement – zoals beschreven in de zaak *M.* – kunnen worden geweerd.

95. Ook hierin verschil ik van mening met Van Bockel, *EHRC* 2014/189. Zijn instemming met het oordeel van het Hof van Justitie wordt echter nogal gekleurd door de tamelijk uitzonderlijke kwestie Boere. Deze oorlogsmisdadiger, in Nederland in 1949 tot de doodstraf veroordeeld (welke straf later is omgezet in levenslang) mocht aanvankelijk op basis van zijn vermeende Duitse nationaliteit niet aan Nederland worden uitgeleverd. De executie van de Nederlandse straf kon vervolgens niet worden overgedragen aan Duitsland omdat hij geen ‘fair trial’ zou hebben gehad. Dit lijken absolute belemmeringen. In de lijn van Jääskinen zou juist in deze zaak de tenuitvoerleggingsvoorwaarde toegepast hebben kunnen worden, ófwel vanwege de ernst van het misdrijf ófwel vanwege de ontoereikendheid van de rechtshulpinstrumenten. De zaak *Boere* toont in mijn ogen daarom niet het belang van de tenuitvoerleggingsvoorwaarde aan. Voor de Duitse discussie over deze kwestie zie Glerum 2014, p. 539.

96. W.F. van Hattum, ‘Gecontroleerde doorvoer en ongecontroleerde berechting’, *NJB* 2001, p. 347-349.

97. HvJ 9 maart 2006, zaak C-436/04, *Van Esbroeck*, ECLI:EU:C:2006:165.

98. Zie de resp. rechtsoverwegingen in *Gözütök en Brügge*, punt 38, *Gasparini*, punt 27 en *Van Straaten*, punt 58.

99. Anders A. Klip, noot onder *NJ* 2009, 511 en A. Klip, *European Criminal Law*, Cambridge: Intersentia 2012, i.h.b. p. 253-258, die in de rechtspraak van het Hof van Justitie een zekere discontinuïteit meent te ontwaren. Hij baseert, s.o.r., zijn oordeel echter op conclusies uit de arresten *Turansky*, *Gasparini* en *Van Straaten* die niet noodzakelijk uit die zaken volgen.